

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les clauses de franchise et de plafonnement ou comment encadrer le commissionnement des représentants performants

Michaux, Anne-Valérie

Published in:

La loi du 3 juillet 1978, 30 ans après... vue sous un angle différent

Publication date:

2008

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Michaux, A-V 2008, Les clauses de franchise et de plafonnement ou comment encadrer le commissionnement des représentants performants. Dans *La loi du 3 juillet 1978, 30 ans après... vue sous un angle différent*. Larcier , Bruxelles, p. 293-301.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les clauses de franchise et de plafonnement pour limiter les commissions des représentants trop (peu) performants

Anne-Valérie MICHAUX

Article 89

La rémunération du représentant de commerce consiste soit en un traitement fixe, soit en des commissions, soit en partie en un traitement fixe et en partie en des commissions.

Article 90

La commission est due sur tout ordre accepté par l'employeur, même s'il n'est pas suivi d'exécution, sauf en cas d'inexécution par la faute du représentant de commerce.

Tout ordre est présumé accepté, sauf refus ou réserves formulées par écrit par l'employeur à son représentant de commerce dans un délai fixé par le contrat. À défaut de fixation, ce délai est d'un mois à partir de la transmission de l'ordre.

Article 96

Le contrat détermine les bases de calcul des commissions. En l'absence de dispositions contractuelles, les commissions sont calculées sur le prix figurant au bon de commande ou à l'ordre accepté par l'employeur; à défaut de ceux-ci, sur des prix courants, tarifs ou barèmes et, à défaut de ces derniers, sur le prix fait.

Samenvatting

De werkgever die een handelsvertegenwoordiger aanwerft, is vrij met hem een loon af te spreken bestaande uit een vaste wedde en/of commissieloon. Wanneer de partijen overeenkomen dat minstens een deel van het loon uit commissieloon bestaat, stellen ze de berekeningsbasis van dit commissieloon (zakencijfer, netto gerealiseerde winst op elke zaak enz.), alsook de berekeningswijze van het commissieloon op deze basis (vast percentage, degressief percentage, vast bedrag enz.) vast.

Hoewel dit vroeger ter discussie stond, is het tegenwoordig algemeen aanvaard dat de partijen bij het bepalen van het commissieloon clausules kunnen voorzien op grond waarvan geen commissieloon is verschuldigd indien het zakencijfer een bepaalde drempel niet bereikt (franchiseclausule) of integendeel, indien het zakencijfer een zekere drempel overschrijdt (plafonneringsclausule).

Bij het vaststellen van het loon, moet de werkgever er ook rekening mee houden dat het aan de vertegenwoordiger betaalde commissieloon een financiële impact heeft op het bedrag van het verschuldigde loon voor de feestdagen en de vakantieperiodes, alsook (soms) op het bedrag van de eindejaarspremie. De clausule op basis waarvan de partijen overeenkomen dat het aan de (handels)vertegenwoordiger toegekende commissieloon het gedeelte van het loon omvat dat betrekking heeft op de wettelijke vakantiedagen, het vakantiegeld of de eindejaarspremie berekend op basis van deze commissies, is nietig.

I. La rémunération du représentant est fixe et/ou variable

Le représentant de commerce, chargé de manière principale et constante de prospecter et visiter de la clientèle en vue de la négociation ou de la conclusion d'affaires (art. 4 et 88 de la loi du 3 juillet 1978), est soumis à de nombreux égards à des dispositions particulières de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. On songe notamment à la présomption d'existence du lien de subordination, à la clause de non-concurrence, à l'indemnité d'éviction éventuellement due lors de la rupture du contrat de travail.

L'une des principales particularités de son statut tient au système de rémunération qui peut être mis en place.

L'article 89 de la loi du 3 juillet 1978 prévoit en effet: "*La rémunération du représentant de commerce consiste soit en un traitement fixe, soit en des commissions, soit en partie en un traitement fixe et en partie en des commissions*".

D'aucuns objecteront que le fait de pouvoir convenir d'une rémunération pour partie fixe et pour partie variable n'est pas (ou n'est plus) une particularité liée au seul statut du représentant de commerce. Il est vrai qu'il est devenu très courant de prévoir, pour tout type de travailleur, une rémunération fixe (souvent dite *rémunération de base*) et, en sus, une rémunération variable liée à l'atteinte d'objectifs qualitatifs ou quantitatifs, individuels ou collectifs.

La situation du représentant de commerce a cependant ceci de particulier que la loi du 3 juillet 1978 définit expressément le système de commissionnement qui peut être mis en place par les parties et prévoit diverses règles qui régiront ce système, à défaut pour les parties de s'être entendues sur chacun de ses détails.

Sur la base de l'article 89 de la loi relative aux contrats de travail, l'employeur et le représentant de commerce peuvent donc convenir (i) soit d'une rémunération fixe uniquement, (ii) soit d'une rémunération pour partie fixe et pour partie consistant en des commissions, (iii) soit même d'une rémunération consistant uniquement en des commissions.

Quelle que soit l'option retenue, il va de soi que la rémunération du représentant ne peut jamais être inférieure aux rémunérations minimales fixées dans les barèmes de rémunération qui s'imposent aux parties. Ces minima barémiques sont le plus souvent fixés au niveau sectoriel¹, où l'on prévoit aussi généralement un système d'avances mensuelles visant à assurer que le représentant bénéficie d'une certaine stabilité de revenus malgré les éventuelles fluctuations de ses commissions. En l'absence de tels barèmes, ce sont les minima imposés par la CCT n° 43 conclue au niveau national qui s'appliquent. Cette dernière fixe le revenu minimum mensuel moyen garanti (R.M.M.M.G.) auquel peut prétendre tout travailleur dont l'employeur est soumis aux dispositions de la loi du 5 décembre 1968 sur les commissions paritaires et les conventions collectives de travail.

Une question particulière se pose au sujet de ces rémunérations minimales garanties: doivent-elles être atteintes *chaque mois* ou l'employeur peut-il soutenir que les minima sont garantis lorsqu'il est avéré que, *sur l'ensemble de l'année*, le représentant a perçu une rémunération mensuelle moyenne atteignant au moins ces minima?

Doctrine et jurisprudence² inclinent à penser que c'est *sur l'ensemble de l'année* que le niveau de rémunération minimum doit être atteint. Il s'agit donc de vérifier, au terme d'une année civile, que les rémunérations fixes et variables (commissions mais également autres avantages de toute nature) versées au cours de cette année sont au moins équivalentes à la somme des rémunérations mensuelles minimales auxquelles le représentant avait droit pour chaque mois de cette année. Au besoin, une régularisation doit intervenir.

II. Les parties déterminent librement leur système de commissionnement

Plusieurs raisons peuvent conduire les parties à souhaiter convenir, au moins pour partie, d'une rémunération versée sous la forme de commissions dues sur les affaires négociées ou conclues par le représentant de commerce. Ce système offre à l'employeur un moyen de limiter le coût salarial d'un représentant

¹ Au niveau sectoriel, des barèmes de rémunérations minimales peuvent être établis pour tous types de travailleurs confondus. Il arrive également que des dispositions relatives à la garantie d'un revenu mensuel minimum propre aux représentants soient prévues. Par exemple, au sein de la Commission paritaire n° 218 (CPNAE), la convention collective de travail du 29 mai 1989 (art. 8.2) fixe des minima spécifiques et prévoit que "*cette rémunération minimum est payée mensuellement à titre d'avance sur les commissions et le décompte définitif est établi annuellement sur base des appointements calculés sur une moyenne de douze mois*".

² Voir notamment C. trav. Liège 16 juin 2003, R.G. 31024/02, www.juridat.be.

lorsque ses performances laissent à désirer ou que la conjoncture empêche la réalisation de nombreuses affaires. Il permet également de faire de la rémunération du représentant un outil de motivation non négligeable.

Lorsque les parties conviennent que tout ou partie de la rémunération du représentant consiste en des commissions (ce à quoi – on le rappelle – elles ne sont pas obligées), ce sont les articles 90 à 100 de la loi du 3 juillet 1978 qui définissent le droit aux commissions, tant pendant le cours du contrat de travail qu'en cas de suspension ou de rupture.

Les parties sont en principe libres de déterminer comme elles l'entendent le système de commissionnement qu'elles souhaitent mettre en place. Elles peuvent notamment convenir des modalités suivantes:

- commissions sous la forme d'un pourcentage ou d'un montant fixe par affaire;
 - pourcentage calculé sur le chiffre d'affaires ou sur le bénéfice net généré par l'affaire;
 - pourcentage dégressif ou progressif en fonction du volume d'affaires réalisé;
 - délai imparti à l'employeur pour accepter une commande;
 - délai d'exigibilité de la commission après acceptation d'une commande;
- etc.

Nous nous intéressons, dans la suite de l'exposé, à la détermination de la base de calcul des commissions.

L'article 96 de la loi du 3 juillet 1978 précise à cet égard ce qui suit:

"Le contrat détermine les bases de calcul des commissions. En l'absence de dispositions contractuelles, les commissions sont calculées sur le prix figurant au bon de commande ou à l'ordre accepté par l'employeur; à défaut de ceux-ci, sur des prix courants, tarifs ou barèmes et, à défaut de ces derniers, sur le prix fait".

Les parties fixent donc en principe comme elles l'entendent la base de calcul des commissions (montant de la commande, bénéfice net engendré par la commande, etc.) mais également le montant de la commission qui sera dû sur cette base (pourcentage, montant fixe, tarif dégressif en fonction du montant de la commande, etc.).

Ce n'est qu'à défaut de convention sur ces points que les commissions seront calculées suivant le mode indiqué par l'article 96 susvisé, c'est-à-dire sur le prix de l'affaire mentionné sur le bon de commande ou l'ordre accepté par l'employeur.

³ Cass. 30 septembre 1991, R.W. 1991-92, p. 711.

III. **Clauses de franchise et clauses de plafonnement: la Cour de cassation donne (finalement) le feu vert**

Au principe suivant lequel les parties sont libres de déterminer le système de commissionnement comme elles l'entendent, on oppose généralement deux tempéraments:

- les parties ne peuvent jamais convenir d'un système suivant lequel aucune commission ne serait due sur un ou plusieurs ordre(s) accepté(s) par l'employeur. Cette limite serait posée par l'article 90, alinéa 1^{er} de la loi du 3 juillet 1978 qui prévoit: *"La commission est due sur tout ordre accepté par l'employeur, même s'il n'est pas suivi d'exécution, sauf en cas d'inexécution par la faute du représentant de commerce"*;
- les parties ne peuvent modifier les *délais de paiement* des commissions dues, en cas de rupture du contrat, sur les affaires obtenues avant ou juste après ladite rupture. L'on considère en effet que les délais prévus par l'article 99 de la loi du 3 juillet 1978 sont impératifs.

La première limitation nous intéresse particulièrement: le fait que l'article 90 de la loi du 3 juillet 1978 prévoit que les commissions sont dues sur tout ordre accepté par l'employeur tient-il en échec les systèmes dits de *franchise*, par lesquels les parties conviendraient qu'en deçà d'un certain volume d'affaires aucune commission n'est due ou encore de *plafonnement*, par lesquels les parties conviendraient que plus aucune commission n'est due au-delà d'un certain volume d'affaires?

On rencontre ce type de clauses sous le couvert de diverses formulations telles que, pour les clauses de franchise:

- "Le représentant percevra une commission équivalente à 5% du chiffre d'affaires généré par les commandes acceptées. Toutefois, aucune commission ne sera due si le chiffre d'affaires mensuel généré par les commandes qu'il obtient n'atteint pas 100.000 EUR".
- "Le représentant percevra une commission équivalente à 5% de la partie du chiffre d'affaires qui excédera 100.000 EUR".
- "Le représentant percevra une commission d'un montant équivalent à 5% du chiffre d'affaires généré par les commandes acceptées mais réduit ensuite de 1.000 EUR".

Ou encore, pour les clauses de plafonnement:

- "Le représentant percevra une commission équivalente à 5% du chiffre d'affaires généré par les commandes acceptées. Le montant mensuel des commissions qui lui seront dues ne peut cependant en aucun cas excéder 15.000 EUR".
- "Le représentant percevra une commission équivalente à 5% du chiffre d'affaires généré par les commandes acceptées et plafonné à 300.000 EUR".

Dans un premier temps, il était largement admis, tant en doctrine qu'en jurispru-

dence, que ces clauses étaient nulles car contraires à l'article 90, alinéa 1^{er} de la loi du 3 juillet 1978 auquel on reconnaît un caractère impératif⁴.

Il était soutenu qu'accepter qu'aucune commission ne soit due en deçà ou au-delà d'un certain chiffre d'affaires revenait en réalité à exclure le paiement de toute commission sur une partie des commandes obtenues par le représentant, ce qui serait contraire à l'article 90, alinéa 1^{er} de la loi du 3 juillet 1978 qui prévoit qu'*"une commission est due sur tout ordre accepté par l'employeur"*.

La validité de ces clauses était en outre contestée au motif qu'elles revenaient à imposer au représentant de commerce une obligation de résultat alors que le travailleur n'est en principe tenu qu'à une obligation de moyens.

L'arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 1995 faisait autorité en la matière. Dans cet arrêt, la Cour de cassation confirmait l'approche adoptée par la Cour du travail de Bruxelles qui avait estimé que la *clause de plafonnement* était nulle car contraire aux articles 6 et 90 de la loi du 3 juillet 1978⁵:

"Attendu que l'arrêt constate que la rémunération du défendeur, représentant de commerce, consistait pour partie en un traitement fixe et pour partie en commissions et que le contrat de travail liant les parties stipulait, en son article 6, que 'la rémunération totale du représentant de commerce est limitée à un montant maximum annuel de 1.600.000 francs', plafond porté à 1.700.000 francs en 1991; que l'arrêt considère que cette clause fixe un plafond au montant des commissions comprises dans la rémunération;

Attendu que l'article 89 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail dispose que la rémunération du représentant de commerce consiste soit en un traitement fixe, soit en des commissions, soit en partie en un traitement fixe et en partie en des commissions;

Qu'aux termes de l'article 90, alinéa 1^{er}, de cette loi, la commission est due sur tout ordre accepté par l'employeur, même s'il n'est pas suivi d'exécution, sauf en cas d'inexécution par la faute du représentant de commerce;

Que l'article 6 de la même loi prévoit que toute stipulation contraire aux dispositions de la loi et de ses arrêtés d'exécution est nulle pour autant qu'elle vise à restreindre les droits des travailleurs ou à aggraver leurs obligations;

Attendu qu'il suit de ces dispositions que l'arrêt décide légalement que la clause contractuelle susvisée viole les articles 6 et 90 de la loi du 3 juillet 1978".

Cette position est cependant aujourd'hui battue en brèche par l'arrêt de la Cour de cassation du 2 décembre 2002⁶ qui s'est prononcé, lui, sur la validité de la *clause de franchise*. Dans cet arrêt, la Cour de cassation répond aux deux arguments généralement invoqués pour arguer de la nullité des clauses de franchise:

⁴ *Contra*: Trib. trav. Nivelles 28 avril 1995, J.T.T. 1996, p. 19; C. trav. Bruxelles 7 mars 2001, J.T.T. 2001, p. 207; C. trav. Bruxelles 7 novembre 1997, inédit, R.G. n° 33.990, cités par P. LECLERCQ, *Le statut des représentants de commerce*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 59.

⁵ Cass. 27 novembre 1995, Pas. 1995, I, p. 1071.

⁶ Cass. 2 décembre 2002, J.T.T. 2003, p. 177 et R.W. 2002-03, p. 1141.

- s'agissant d'une prétendue contrariété à l'article 90, alinéa 1^{er} de la loi du 3 juillet 1978, la Cour rappelle que les parties sont libres de convenir ou non de l'octroi de commissions au représentant de commerce (art. 89 de la loi du 3 juillet 1978) et que ce n'est que si elles conviennent de commissions que l'article 90, alinéa 1^{er} de la loi sur les contrats de travail empêche l'employeur de refuser une commission sur un ordre qu'il a accepté. La Cour précise que ledit article 90 *"ne concerne que la commission convenue dans le contrat et implique que, dès qu'elle est convenue en principe pour tout ordre accepté, la commission ne peut être limitée"*. Elle ajoute que cet article *"n'empêche pas [pour autant] d'accorder un traitement fixe majoré de commissions dont le montant est en rapport avec un chiffre d'affaires qui dépasse un montant préalablement convenu"*. En d'autres termes, les parties sont libres de disposer que des commissions ne seront dues qu'à partir d'un certain chiffre d'affaires (voire nombre d'affaires) réalisé, l'article 90, alinéa 1^{er} de la loi du 3 juillet 1978 s'opposant uniquement à ce que l'employeur, une fois le système de commissionnement arrêté, n'inclue pas tous les ordres acceptés dans la base de calcul du commissionnement;
- s'agissant d'une prétendue contrariété au principe suivant lequel le représentant ne peut être tenu à une obligation de résultat, la Cour estime qu'une clause de franchise ne peut pas être analysée comme imposant au représentant une telle obligation puisque l'obligation de résultat est celle dont le manquement est sanctionné. Or, dans la situation visée, le représentant qui n'atteint pas le chiffre d'affaires ouvrant le droit à une commission n'est pas considéré comme ayant commis un manquement contractuel et ne subit aucune sanction à proprement parler.

Il est dès lors acquis, depuis cet arrêt de principe, que les parties peuvent parfaitement convenir de clauses de franchise. En outre, bien que l'arrêt de la Cour ne vise pas expressément cette situation, il est raisonnable de considérer que son enseignement peut être étendu à l'analyse des clauses de plafonnement. En ce sens, l'arrêt du 2 décembre 2002 opère un revirement par rapport à l'arrêt précédemment rendu le 27 novembre 1995 au sujet des clauses de plafonnement.

Les décisions rendues par les juridictions du travail à la suite de cet arrêt de principe suivent largement cet enseignement⁷.

⁷ Trib. trav. Bruxelles 29 octobre 2004, inédit, R.G. 51.910/03; Trib. trav. 19 juin 2004, inédit, R.G. 66.662/098; C. trav. Gand 26 février 2003, inédit, R.G. 319/00; Trib. trav. Anvers 25 février 2004, inédit, R.G. 357.312 cités par Ph. LECLERCQ, *Le statut des représentants de commerce*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 60; C. trav. Bruxelles 8 avril 2004, inédit, R.G. 44.030. Dans cette dernière décision, la Cour du travail de Bruxelles estime valide le système par lequel les parties conviennent que le représentant percevra une rémunération fixe (50.000 BEF), ainsi que des commissions calculées sous la forme d'un pourcentage (3%) du chiffre d'affaires. Il était cependant aussi précisé que le montant mensuel des commissions serait diminué d'un montant fixe de 30.000 BEF. La Cour estime que ce système revient en réalité à garantir au représentant de commerce une rémunération mensuelle minimale de 50.000 BEF et une commission qui ne sera due que si le chiffre d'affaires excède 750.000 BEF. S'appuyant sur l'enseignement de la Cour de cassation du 2 décembre 2002, la Cour estime le système valide au regard de la loi du 3 juillet 1978.

IV. Ne pas oublier l'impact des commissions sur le calcul des pécules de vacances, jours fériés, voire du treizième mois...

Lors de l'établissement d'un système de commissionnement, l'employeur doit également garder à l'esprit l'impact qu'auront les commissions sur d'autres éléments de la rémunération du représentant de commerce.

Ainsi, les représentants rémunérés (au moins partiellement) au moyen de commissions ont droit, pour chaque *jour férié*, à la rémunération fixe éventuellement convenue, augmentée de la moyenne quotidienne de la rémunération variable gagnée chez l'employeur tenu de payer la rémunération du jour férié⁸.

En matière de *pécules de vacances*, les représentants reçoivent, pour chaque journée de vacances, un pécule qui tient compte de l'éventuelle rémunération fixe à laquelle ils ont droit, mais également de la moyenne quotidienne des commissions (ou autres rémunérations variables) brutes gagnées pour chacun des douze mois qui précède le mois au cours duquel les vacances sont prises ou, le cas échéant, pour la partie de ces douze mois au cours de laquelle ils ont été en service⁹.

Enfin, il arrive qu'il soit prévu au niveau sectoriel (ou d'entreprise, ou même au niveau individuel) que le *treizième mois* ou la prime de fin d'année du représentant de commerce sera calculé en tenant compte de la moyenne des commissions perçues au cours des "n" mois précédant le paiement de la prime¹⁰.

Ces dispositions impliquent que lors de la détermination du système de commissionnement du représentant, et en particulier des pourcentages ou montants forfaitaires de commissions, l'employeur doit tenir compte du fait que le représentant percevra non seulement le montant des commissions liées à la réalisation des affaires convenues, mais également, lors de jours fériés ou de vacances (ainsi qu'en fin d'année, au travers du treizième mois), un montant correspondant à la moyenne quotidienne des commissions généralement convenues.

Pour limiter l'impact des commissions sur le coût de ces éléments de rémunération, ou tout simplement dans un souci de simplicité administrative, certains employeurs avaient envisagé des clauses par lesquelles il était prévu que le pourcentage de commission convenu englobait la commission proprement dite et l'avantage financier découlant de la prise en compte des commissions pour le calcul de la rémunération afférente aux jours fériés et de vacances ou encore de la prime de fin d'année.

⁸ A.R. du 18 avril 1974 déterminant les modalités générales d'exécution de la loi du 4 janvier 1974 relative aux jours fériés, M.B. 24 avril 1974, art. 8.

⁹ A.R. du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés, art. 39.

¹⁰ Il se peut également qu'au niveau sectoriel, de l'entreprise ou en vertu d'un accord individuel, le calcul du treizième mois soit fondé sur la rémunération fixe éventuellement convenue, mais également sur les commissions. Voir par exemple, au sein de la CP n° 218, la CCT du 29 mai 1989 (art. 5).

La Cour de cassation a condamné cette manière de faire dans un arrêt du 25 octobre 1999¹¹. Pour la question relative aux jours fériés, elle a estimé:

"(...) d'une part, (...) dès lors que la rémunération des jours fériés doit être calculée selon les modalités prévues par l'article 8 de l'arrêté royal du 18 avril 1974 sur la rémunération visée par ces dispositions, cette rémunération des jours fériés ne peut être comprise dans la rémunération variable gagnée annuellement et, d'autre part, (...) les parties au contrat de travail ne peuvent légalement prévoir que cela sera le cas;

(...) en décidant que les règles précitées ne sont pas applicables lorsque la rémunération variable est calculée comme un pourcentage sur la rémunération annuelle globale comprenant déjà la rémunération des jours fériés, l'arrêt viole les dispositions légales précitées".

La Cour a ensuite adopté exactement le même raisonnement s'agissant de l'inclusion, dans les commissions "de base", de la partie des pécules de vacances et du treizième mois relative à la moyenne des commissions précédemment perçues¹².

L'employeur sera donc particulièrement avisé de tenir compte, lors de l'établissement du système de commissionnement, de l'impact financier potentiel global des commissions susceptibles d'être dues au représentant.

¹¹ Cass. 25 octobre 1999, Pas. 1999, I, p. 560.

¹² L'analyse de la Cour est effectuée, dans cette espèce, par rapport à l'art. 5 de la CCT du 29 mai 1989 en vigueur au niveau de la CP n° 218.